

Javier Pallarés Neila

# **La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad**

Análisis teórico y realidad empírica



**JIB**  
BOSCH EDITOR

Casi diez años después de que el Estado español ratificara la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es momento de conocer las medidas que actualmente existen en nuestro ordenamiento para facilitar la adquisición y conservación de la vivienda de las personas con discapacidad, instrumento indispensable, a juicio del autor, para que éstas puedan gozar de uno de sus principales derechos: vivir de forma independiente, integrados en comunidad.

En este libro, encontrará el lector un detallado análisis teórico y práctico de las instituciones jurídicas que pueden facilitar la adquisición y protección de su vivienda habitual: el arrendamiento, la donación, el derecho de habitación, el legado de alimentos, el fideicomiso, la mejora, el patrimonio protegido, el contrato de alimentos o el trust, entre otros.

De fácil lectura, estilo directo y marcado carácter práctico, sus páginas se convertirán en la guía jurídica que permitirá, a cualquier profesional del derecho, encontrar solución a las preguntas:

- ¿Cómo promover el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente, dónde, cómo y con quién quieran?
- ¿Cómo facilitar el acceso de las personas con discapacidad a una vivienda apta para satisfacer sus necesidades?
- ¿Cómo proteger la vivienda habitual de las personas con discapacidad?

Javier Pallarés Neila

**La protección de la vivienda  
habitual como exigencia  
del derecho a vivir de  
forma independiente de las  
personas con discapacidad**

Análisis teórico y realidad empírica

Barcelona  
2017



BOSCH EDITOR

© OCTUBRE 2017 JAVIER PALLARÉS NEILA

© OCTUBRE 2017

 **BOSCH**  
**EDITOR**

**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-947402-4-4

ISBN digital: 978-84-947402-5-1

D.L.: B21891-2017

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

# Índice sistemático

Abreviaturas y siglas utilizadas .....	19
Agradecimientos.....	21
Presentación .....	23

## **CAPÍTULO I**

Derechos de las personas con discapacidad: análisis teórico y realidad empírica .....	29
1. La nueva visión de la discapacidad y el cuestionamiento, evolución y profesionalización de la tutela.....	29
1.1. Derecho Romano .....	31
1.2. Derecho histórico nacional.....	38
1.3. La reforma de 1983 .....	42
1.3.1. Especial referencia a la graduación de la incapacidad .....	48
1.3.2. Las instituciones de protección en el siglo XXI .....	51
1.4. La perspectiva de los derechos fundamentales: marco normativo .....	57
A. La Constitución de 1978 .....	57

B.	El Derecho de la Unión Europea.....	61
C.	Tratados Internacionales .....	62
1.5.	La nueva visión de la discapacidad: la discapacidad como cuestión de hecho.....	70
1.5.1.	El nuevo paradigma de la discapacidad y el Derecho civil .....	74
1.5.2.	La discapacidad y la modificación judicial de la capacidad.....	76
1.5.3.	Discapacidad y dependencia.....	78
2.	Estudio empírico.....	79
2.1.	Sujetos, objeto y ámbito del estudio .....	81
2.1.1.	Población de referencia y de estudio.....	81
2.1.2.	Criterios de inclusión y de exclusión.....	83
2.1.3.	Diseño del estudio y variables analizadas .....	84
2.1.4.	Recogida de datos .....	85
2.1.5.	Datos obtenidos .....	85
2.2.	Análisis de los datos .....	91
2.2.1.	Sexo.....	91
2.2.2.	Edad.....	93
2.2.3.	Discapacidad.....	94
2.2.4.	Familia .....	95
2.2.5.	Ingresos económicos y cuantía .....	97
2.2.6.	Lugar de residencia, inmuebles en propiedad y vivienda familiar.....	97
2.2.7.	Actos de contenido patrimonial.....	102
2.2.8.	Actos de disposición sobre la vivienda habitual .....	104

2.2.9. Causas de revisión de la capacidad de obrar.....	105
2.3. Extensión de la medida de protección y figuras de protección .....	106
2.3.1. Análisis de diversas resoluciones de contenido y alcance tradicional.....	108
2.3.2. Análisis de diversas resoluciones en las que se declara la incapacidad parcial, constituyendo una tutela .....	111
2.3.3. Análisis de diversas resoluciones en los que se ha constituido como medida de protección la curatela.....	130

## **CAPÍTULO II**

El derecho a la vivienda de las personas con discapacidad .....	143
1. Planteamiento.....	143
2. El derecho a la vivienda: antecedentes y estado de la cuestión.....	147
3. El concepto de vivienda habitual.....	153
3.1. El domicilio en el Código civil.....	154
3.2. Domicilio y vivienda habitual.....	158
3.3. La vivienda familiar.....	162
4. El derecho a la vivienda de las personas con discapacidad: el derecho a vivir dónde, cómo y con quien se quiera .....	165
4.1. La Ley de Promoción de la Autonomía Personal.....	171

4.2. Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad .....	173
4.3. Vida independiente y enfermedad mental .....	175

### CAPÍTULO III

La protección desde un punto de vista dinámico: instrumentos que garantizan la adquisición de una vivienda.....	181
1. Planteamiento .....	181
2. Instrumentos <i>inter vivos</i> .....	184
2.1. Contenido y objeto de la adquisición .....	184
2.1.1. Vivienda social .....	187
2.1.2. Arrendamiento libre.....	190
2.1.2.1. Derecho transitorio .....	190
2.1.2.2. Régimen vigente.....	201
2.2. Donación.....	202
2.2.1. La escritura pública como requisito <i>ad solemnitatem</i> .....	203
2.2.2. La reserva de bienes o derechos suficientes.....	207
2.2.2.1. Vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias .....	208
2.2.2.2. Reserva en nuda propiedad o en usufructo .....	210
2.2.2.3. Innecesaridad de manifestación expresa.....	211
2.2.3. La prohibición de donar más de lo que se pueda dar o recibir por testamento.....	211

2.2.3.1. Valoración del bien.....	213
2.2.3.2. Efecto del incumplimiento del precepto.....	215
2.2.3.3. Donaciones a las que se refiere ...	218
2.2.3.4. La posible aplicación del artículo 1.041 del Código civil .....	220
2.2.4. Donación con reserva de la facultad de disposición .....	229
2.2.4.1. Naturaleza jurídica de la facultad del donante.....	231
2.2.4.2. Otras cuestiones .....	235
2.2.5. Donación <i>mortis causa</i> .....	237
2.3. Constitución de un patrimonio protegido .....	240
2.3.1. Naturaleza jurídica.....	244
2.3.2. Contenido.....	249
2.3.2.1. Adecuación y suficiencia de los bienes y derechos.....	250
2.3.2.2. Necesidades vitales .....	252
2.3.3. La vivienda como objeto de un patrimonio protegido.....	254
2.3.3.1. Constitución de un patrimonio protegido aportando el beneficiario su propia vivienda.....	255
2.3.3.2. Aportación de dinero para la adquisición de una vivienda .....	257
2.3.3.3. Aportación de bien inmueble gravado con hipoteca.....	257
3. La adquisición <i>mortis causa</i> .....	259
3.1. Planteamiento .....	259

3.2. El legado de un derecho de habitación.....	261
3.2.1. Elementos comunes .....	262
3.2.1.1. Naturaleza jurídica del derecho de habitación .....	262
3.2.1.2. El beneficiario y su «familia» .....	264
3.2.1.3. El constituyente .....	269
3.2.1.4. Extensión e inscripción del dere- cho .....	270
3.2.1.5. Vivienda habitual .....	275
3.2.1.6. Intransmisibilidad del derecho ...	278
3.2.1.7. Efectos del legado del derecho de habitación .....	280
3.2.2. El «legado» del derecho de habitación por ministerio de la ley.....	283
3.2.2.1. El requisito de la necesidad .....	285
3.2.2.2. La no oposición.....	288
3.2.3. Donación del derecho de habitación, como donación <i>post mortem</i> .....	290
3.3. El legado de alimentos .....	291
3.3.1. Posible atribución y límites .....	292
3.3.2. Modo de otorgamiento y contenido.....	294
3.3.3. Límites del legado.....	295
3.3.4. Legado de alimentos y a título de ali- mentos .....	297
3.4. Las sustituciones fideicomisarias en favor de las personas con capacidad modificada judicial- mente .....	300
3.4.1. Los fideicomisos: concepto, requisitos y clases .....	302

3.4.1.1. Concepto.....	302
3.4.1.2. Requisitos.....	304
3.4.1.3. Clases de fideicomisos.....	306
3.4.2. La sustitución fideicomisaria en el marco del artículo 808 del Código civil .....	308
3.4.2.1. Sujetos.....	310
3.4.2.2. Momento .....	314
3.4.2.3. Extensión del fideicomiso y obligaciones del fiduciario .....	315
3.4.3. Supuestos concretos de posible sustitución fideicomisaria, sobre la vivienda familiar.....	320
3.4.3.1. Primer supuesto: caudal relicto consistente en un único bien inmueble, la vivienda familiar .....	320
A. Facultad de administración y gestión del bien .....	320
B. Posibilidad de arrendamiento .....	321
C. Posibilidad de enajenación ...	322
D. Posibilidad de gravamen.....	325
3.4.3.2. Segundo supuesto: caudal relicto consistente en más de un bien inmueble, siendo uno de ellos la vivienda familiar .....	325
3.4.4. Problemas derivados de la posible coexistencia de diferentes regímenes de administración.....	327
3.5. La facultad de mejora del cónyuge viudo.....	331
3.5.1. Requisitos.....	332
3.5.2. Fundamento.....	333

3.5.3. Extensión .....	335
3.5.4. Posible extensión a las facultades recogidas en los artículos 782 y 822 del Código civil.....	336

#### CAPÍTULO IV

La protección desde un punto de vista estático: la conservación de la vivienda .....	339
1. Planteamiento .....	339
2. El Patrimonio protegido .....	344
2.1. La protección patrimonial que ofrece la Ley 41/2003 .....	345
2.2. Alcance de la responsabilidad.....	352
3. El legado de derecho de habitación.....	354
4. La protección de la vivienda familiar .....	356
4.1. La protección de la vivienda familiar y el principio de responsabilidad patrimonial universal.....	360
4.2. Naturaleza y finalidad del principio.....	360
4.3. Supuestos de exclusión y limitación de responsabilidad .....	366
4.3.1. Modificaciones legales al principio de responsabilidad universal.....	366
4.3.2. Modificaciones convencionales al principio de responsabilidad universal.....	370
4.4. Extensión del principio a la protección de la vivienda habitual de las personas con discapacidad.....	373

5.	La protección de la vivienda habitual de las personas cuya capacidad de obrar se ha visto modificada judicialmente.....	374
5.1.	Su protección en el Derecho suizo .....	381
5.2.	Su protección en el Derecho francés.....	382
6.	Mención especial al contrato de alimentos y los riesgos en su utilización como medida de protección de la vivienda habitual .....	383
6.1.	Naturaleza y características.....	385
6.2.	Sujetos del contrato .....	390
6.3.	Extensión y prestaciones.....	394
6.4.	El contrato de alimentos como medio para la adquisición o conservación de la vivienda.....	397
6.5.	La frustración del fin del contrato .....	402
6.6.	Problemas derivados de su regulación.....	414

## CAPÍTULO V

	Mecanismos e instituciones por los que nuestro ordenamiento jurídico puede promover la adquisición y conservación de la vivienda habitual a favor de las personas con discapacidad.....	425
1.	Planteamiento .....	425
2.	Introducción en nuestro ordenamiento de nuevas instituciones jurídicas: el <i>Trust</i> y la Fundación familiar ..	431
2.1.	El <i>trust</i> .....	431
2.1.1.	Definición y características.....	432
2.1.2.	El <i>trust</i> en el ordenamiento jurídico español .....	433

2.1.3. Su incorporación en España.....	436
2.2. La Fundación familiar .....	440
3. Propuesta razonada de modificaciones legislativas .....	442
3.1. Legítima <i>versus</i> libertad de testar .....	444
3.2. Consagración de un principio general de protección .....	450
3.2.1. Su positivación .....	452
3.2.2. Modificaciones secundarias o derivadas del principio general.....	453
3.2.3. Modificaciones sustantivas, adicionales al principio general .....	454
3.2.4. Alcance subjetivo de la medida .....	456
4. Modificación en la extensión y alcance de la obligación de alimentos entre parientes .....	458
4.1. Naturaleza y extensión de la obligación de alimentos entre hermanos .....	462
4.2. Modificación propuesta .....	464
5. Modificación de la normativa del patrimonio protegido .....	466
5.1. Propuesta de constitución.....	468
5.2. Requisitos.....	469
5.3. Efectos .....	471
5.4. Limitación del principio de responsabilidad universal: declaración de inembargabilidad.....	474
5.5. Propuesta de modificación.....	477
5.6. Problemas para su admisión .....	481

---

6. Modificación del ámbito subjetivo en la sustitución fideicomisaria.....	484
7. La protección de la vivienda de las personas con capacidad modificada judicialmente.....	487
Bibliografía.....	491

# Presentación

Para la mayor parte de los ciudadanos, la vivienda habitual es el bien de mayor importancia económica y, seguramente también, de mayor valor afectivo y, como nos ilustra el profesor Grimaldi, la vivienda habitual es el «santuario de la vida privada». Por ello, debe ser objeto de especial protección por parte de los poderes públicos y esa protección debe intensificarse cuando estamos en presencia de una persona vulnerable o protegida, ya que sólo así podremos alcanzar objetivos de mayor envergadura como el respeto de la dignidad y de la vida privada o favorecer su autonomía.

A pesar de esta necesidad, el ordenamiento jurídico español no es especialmente cuidadoso con el santuario de la vida privada de las personas con discapacidad. Si las políticas legislativas a favor de este colectivo han sido numerosas en nuestro país en los últimos tiempos podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que la vivienda habitual es la gran olvidada de los poderes públicos. Más allá del reconocimiento genérico del derecho a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 de la Constitución, no existe una regulación específica en la que se adopten medidas de protección que faciliten la adquisición y conservación de la vivienda habitual.

La Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad tampoco le dedica una atención especial sino únicamente una mención en el artículo 28 cuando dispone que los esta-

**MONTSERRAT PEREÑA VICENTE**

dos parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un «alojamiento adecuado», pero sí consagra expresamente, en el artículo 19, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en comunidad, lo que, desde luego, exige como presupuesto la existencia de una vivienda en la que se concrete ese derecho.

Para que los textos de los tratados internacionales no queden en declaraciones vacías de contenido es necesario que seamos conscientes de la necesidad de establecer los mecanismos adecuados para la protección de la vivienda habitual de la persona con discapacidad. El derecho a una vivienda y el derecho a elegir el lugar de residencia se entremezclan y cruzan en el articulado de la Convención sin dar lugar a una propuesta u obligación concreta de los estados para garantizarlos. Por ello, es esencial dar un paso más.

Y este es el gran mérito del trabajo que tengo el honor de presentar, que da un paso más. Un paso más en la búsqueda de esos mecanismos de protección de la vivienda habitual de la persona con discapacidad, poniendo de manifiesto las debilidades de nuestro sistema y aportando valiosas propuestas para solucionar los problemas, las lagunas y las incoherencias detectadas.

El tema elegido por Javier Pallarés tiene, además, el mérito de situar la protección de la persona en un primer plano, ya que la protección de la vivienda habitual no es más que la condición esencial para garantizar otros derechos fundamentales como el respeto de su vida privada, derecho fundamental consagrado no sólo por nuestra Constitución y la Convención de Nueva York sino también por la Convención Europea de Derechos Humanos. De ahí su importancia y trascendencia. Y no solo de la vida privada, también es la *conditio sine qua non* para que puedan verse satisfechos el derecho a vivir de forma independiente y para fomentar la participación e inclusión en la sociedad.

Pero no es éste el único mérito del trabajo que en unas páginas comienza. El debate que se ha instalado en España y en algunos

países de nuestro entorno a propósito del impacto de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, invoca, en general, una aplicación parcial de su artículo 12, para proponer alternativas a la tutela que permitan respetar la voluntad de la persona. Casi todos los comentarios, trabajos de investigación y propuestas legislativas omiten, consciente o inconscientemente, párrafos enteros del artículo 12. Concretamente, como oportunamente se pone de manifiesto desde las primeras líneas de este trabajo, todos los que aluden a establecer salvaguardas para impedir los abusos, la influencia indebida y el conflicto de intereses, y para evitar que las personas con discapacidad sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La Convención ha situado el debate relativo a la discapacidad en el plano de los derechos humanos pero no hay que olvidar que el pleno disfrute de los mismos exige que cada estado ponga en marcha su maquinaria legislativa para articular los mecanismos e instituciones necesarios para que las grandes declaraciones se conviertan en realidades. Así lo exige la propia Convención cuando en su artículo 4 compromete a los estados parte a «adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención».

Éste es otro de los méritos de este trabajo. Mediante una combinación equilibrada de diferentes métodos de investigación, teórico y empírico, deductivo e inductivo, no se conforma con una exposición o un análisis más o menos complaciente de los grandes principios, sino que entra en el fondo del tema y analiza cada uno de los instrumentos e instituciones jurídicas que sirven de título para adquirir la titularidad de una vivienda, sin pasar por alto que la necesidad de vivienda puede verse satisfecha también mediante titularidades otras que la propiedad, a través de un arrendamiento, un usufructo e incluso un derecho de uso o habitación. Y es que el tema elegido impacta de lleno numerosas instituciones de Derecho civil.

El derecho a la vivienda de la persona con discapacidad se convierte así en una excusa para realizar un estudio transversal de las instituciones clásicas del Derecho civil con el prisma aludido. Desde la compraventa a la donación, el legado o el fideicomiso, pasando por las propias de protección patrimonial de las personas con discapacidad como el patrimonio protegido o el contrato de alimentos, cada una de estas instituciones es confrontada a lo que podríamos denominar una prueba de resistencia.

Esta prueba de resistencia consiste en analizar en qué medida la existencia de una discapacidad y, más concretamente de una sentencia de modificación de la capacidad, incide en el régimen jurídico ordinario de cada institución, estudiando los ajustes que las normas han llevado a cabo para detectar las fuentes de riesgo que pueden poner en peligro la conservación de la vivienda. Todo ello tratando de preservar al máximo la capacidad de la persona protegida en la toma de decisiones relativas a su vivienda y en la decisión de dónde y cómo quiere vivir. La prueba de resistencia pone de manifiesto los puntos débiles de nuestro ordenamiento jurídico y permite hacer propuestas de mejora.

Pero el mérito de mayor relevancia del trabajo de Javier Pallarés reside en que está elaborado desde el conocimiento profundo de la realidad social a la que ha de ser aplicada. El estudio empírico que realiza, basado en una muestra relevante es poco frecuente en la investigación jurídica y confiere un valor especial a los resultados obtenidos. Ello, unido al análisis de numerosas sentencias de modificación de la capacidad, hace que los resultados de su trabajo sean propicios para llevar a cabo, como hace, una propuesta de *lege ferenda* útil porque, como ya nos enseñó Portalis, las leyes civiles deben adaptarse «a la situación del pueblo para el que son hechas». Una propuesta que no tenga en cuenta la realidad social de la que parte y a la que va a impactar está condenada al fracaso y, de convertirse en ley, a generar más problemas de los que trate de resolver.

Esta monografía señala el camino a seguir para introducir en nuestro ordenamiento jurídico reformas de diferente calado que den respuesta a las exigencias de la Convención de Nueva York. Y ello desde los dos puntos de vista a los que se refiere el artículo 12 de la misma sin mencionarlos expresamente: estático y dinámico. Y es que tan importante es dotar de instrumentos de protección patrimonial que faciliten la adquisición de la vivienda habitual, como establecer las salvaguardias adecuadas para evitar el abuso o para suprimir los riesgos que la pueden hacer peligrar.

El gran desafío consiste en reducir al máximo esos riesgos aumentando, también al máximo, la autonomía de la persona. Ahora bien, si creemos que esta es la gran novedad de los recientes glosadores de la Convención de Naciones Unidas estamos equivocados. Portalis, hace más de dos siglos ya nos enseñó que «el oficio de la ley es el de protegernos contra el fraude del otro, pero no el de dispensarnos de hacer uso de nuestra propia razón». Este es el reto al que se enfrenta la esperada reforma de nuestro ordenamiento jurídico, encontrar un equilibrio entre autonomía y protección, entre voluntad e interés.

Miguel de Unamuno en su obra «Cómo se hace una novela» nos explica que la verdadera razón, el verdadero interrogante, es para qué se hace una novela, por qué se hace. Cuando se hace una tesis doctoral a menudo nos centramos demasiado en ese cómo se hace y descuidamos reflexionar sobre para qué se hace. No es este el caso. Javier Pallarés da respuesta a este interrogante en cada capítulo: para dar soluciones concretas a necesidades concretas de personas concretas, a través de una propuesta de *lege ferenda* que se cimienta en el conocimiento de la realidad social y se basa en una técnica jurídica depurada porque, no debemos olvidar, la técnica es esencial cuando nuestro objetivo es pasar de enunciar derechos a hacerlos efectivos.

*Montserrat Pereña Vicente*

Madrid, 14 de septiembre de 2017